

Parere n.19 del 5/08/2014

PREC 35/14/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata da Baderbau Berndorf Metall - und Baderbau S.r.l. - "Progettazione definitiva ed esecutiva e realizzazione delle nuove vasche olimpionica e media dei nuovi acquascivoli con relativa vasca di ammaraggio e dei vani interrati presso il lido di Merano"- Importo a base di gara euro 3.649.153,09 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Provincia autonoma di Bolzano - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - Stazione Unica Appaltante.

Art. 46, comma 1 bis d.lgs. n. 163/2006 e prescrizioni richieste dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

Art. 53, comma 2, lett. c) e art. 122, comma 6, lett. e) d.lgs. n. 163/2006 - appalto integrato sotto soglia e termine per la presentazione delle offerte.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 05 febbraio 2014 la società Baderbau Berndorf Metall- und Baderbau S.r.l. ha presentato istanza di parere in ordine alla procedura di gara indetta dalla Provincia di Bolzano - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - Stazione Unica Appaltante, per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione delle nuove vasche, olimpionica e media, dei nuovi acquascivoli con relativa vasca di ammaraggio e dei vani interrati presso il lido di Merano, da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, l'istante ritiene che il requisito minimo "colore azzurro per tutte le vasche" richiesto a pena di esclusione nel capitolato prescrizionale, le abbia precluso la possibilità di partecipare alla gara di cui trattasi e così a tutte le imprese produttrici di piscine in acciaio inossidabile, essendo detto metallo di colore grigio lucente e non verniciabile, pena la perdita delle sue specifiche qualità. Secondo la società istante, la suddetta previsione a pena di esclusione va considerata illegittima anche alla luce dell'art. art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 in quanto non riconducibile alle fattispecie ivi previste. Pertanto, l'istante chiede se sia consentito stabilire nel bando di gara che il prodotto oggetto dell'appalto (le piscine) abbia un determinato colore, nella specie azzurro, laddove questa prescrizione si ritiene non perseguire alcuna finalità e se ciò non concretizzi un contrasto con la disciplina sugli appalti.

Altresì, chiede di esprimersi in merito al termine previsto nel bando per la presentazione delle offerte e cioè se l'aver previsto la S.U.A. un termine di 61 giorni per la detta presentazione debba ritenersi in contrasto con l'art. 70 commi 1, 2 e 6 del d.lgs. n. 163/2006 che prevedrebbero, invece, un termine di 80 giorni trattandosi di appalto che richiede progettazione definitiva ed esecuzione dei lavori.

A seguito dell'avvio del procedimento, comunicato con nota del 07 marzo 2014, la stazione unica appaltante, con memoria del 18 marzo 2014, ha affermato la legittimità del bando predisposto ritenendolo non preclusivo della più ampia partecipazione dei soggetti che operano sul mercato sia perché il bando prevede la possibilità di realizzare le piscine utilizzando tutti i materiali possibili (tradizionali in muratura e piastrelle ovvero in acciaio) sia perché molti produttori di piscine in acciaio sono in grado di fornirle anche di colore azzurro.

Secondo la stazione appaltante il colore azzurro sarebbe richiesto per garantire coerenza estetica alla tutela degli insiemi, in ragione del fatto che le vasche esistenti sono di colore azzurro e gli edifici e le vasche del lido sono coevi e parti di un unico progetto, risalente agli anni '30 dello scorso secolo. Inoltre, per quanto non richiesto dal regolamento FINA per svolgere competizioni agonistiche internazionali, il colore azzurro è comunque considerato un requisito importante per ospitare competizioni internazionali organizzate dalle federazioni.

Ritenuto in diritto

In ordine al primo quesito formulato, relativo alla legittimità o meno della prescrizione prevista a pena di esclusione del colore azzurro delle piscine di cui al bando in epigrafe, va evidenziato che l'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 reca l'elenco tassativo delle cause di esclusione dalla procedura di gara.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che la " *ratio* " di tale disposizione è ravvisabile nell'esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto per evitare che l'esito delle stesse possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti, in un'ottica intesa al contemperamento di principi talvolta in antitesi, quali quello del *favor participationis* e della *par condicio* tra i concorrenti (Cons. Stato Sez. V, Sentenza n. 5639 del 21.10.2011).

Ciò che si intende evidenziare, sulla base delle suddette coordinate, è che non appare conferente il richiamo alla norma la cui violazione è dedotta dalla società istante, dovendosi di contro fare riferimento al disposto di cui all'art. 68 del d.lgs. n. 163/2006.

La prescrizione del colore azzurro per le piscine da realizzare, previsto come requisito minimo a pena di esclusione nel capitolato prescrizionale, infatti, deve essere ricondotta nell'ambito delle specifiche

tecniche di cui al citato articolo 68 del d.lgs. n. 163/2006, norma intesa a tutelare la concorrenza e la *par condicio* dei partecipanti alle gare fin dalla determinazione del contenuto del contratto. Proprio a tal fine, il richiamato art. 68 impone che le specifiche tecniche del bando devono necessariamente consentire pari accesso agli offerenti e non comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza.

Al riguardo la giurisprudenza ha, comunque, chiarito che i soggetti aggiudicatori godono di ampia discrezionalità nell'elaborare le specifiche tecniche, giacché con esse vengono definite le caratteristiche della prestazione dedotta nel contratto posto a gara e dunque le esigenze funzionali cui detta prestazione è destinata a soddisfare (Cons. Stato, Sezione Quinta, n. 3851 del 15 luglio 2013).

Alla luce del bando in oggetto, quindi, appare che nessun effetto di sbarramento o ostacolo ingiustificato alla concorrenza e all'accesso al mercato né tanto meno profili di disparità di trattamento sono ravvisabili nella previsione del richiesto colore azzurro delle vasche. L'aver richiesto che le piscine vengano realizzate di colore azzurro rientra nell'ambito del potere discrezionale dell'amministrazione di stabilire i requisiti tecnici della realizzanda opera. Tale scelta, anche alla luce delle motivazioni addotte, non appare né irragionevole né sproporzionata, tenuto conto che di regola sono di colore azzurro tutte le vasche usate nelle competizioni sportive internazionali più importanti e che, quindi, maggiori potrebbero essere le possibilità di ospitarne sul territorio nazionale, che l'utilizzo di tale colore garantisce una maggiore visibilità per i fruitori degli impianti e che le piscine possono comunque essere realizzate con qualsiasi materiale, anche in acciaio, purché del colore richiesto. A tal proposito, la stazione appaltante ha precisato inoltre che nelle linee guida elaborate nel progetto preliminare è indicato di preservare il colore azzurro trattandosi di quella colorazione da sempre posseduta dalle piscine natatorie, e quindi la più idonea a preservare l'estetica della struttura già esistente.

Per quanto concerne il secondo quesito avanzato dalla società istante e cioè se il termine per la ricezione delle offerte posto dalla *lex specialis* debba ritenersi in contrasto con l'art. 70, commi 1, 2 e 6 del d.lgs. n. 163/2006, si ritiene che, trattandosi di appalto integrato complesso sotto soglia comunitaria, trovi applicazione l'articolo 122 del d.lgs. n. 163/2006, il quale al comma 6, lettera e) prescrive che: " in tutte le procedure quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione definitiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a sessanta giorni con le medesime decorrenze".

Alla luce di tale dettato normativo deve ritenersi insussistente il paventato contrasto tenuto conto che nel bando, per la presentazione delle offerte, è stato assegnato il termine di 61 giorni (13/12/2013- 12/02/2014).

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione unica appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 2 settembre 2014

Il Segretario Maria Esposito